Michał Dudek

Czy powinniśmy karać nienawiść? Uwagi o koncepcji przestępstw z nienawiści[1]



Michał Dudek

Doktorant w Katedrze Socjologii Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Centrum Alternatywnego Rozwiązywania Sporów przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Jego główne zainteresowania naukowe to wpływ multikulturalizmu na tworzenie i stosowanie prawa, a także polityka prawa, aksjologia prawa, komunikacja prawa oraz komunikacja międzykulturowa.

Should we punish hate? Remarks about the concept of hate crimes

In the face of growing interest in the concept of hate crimes in Poland, the aim of this article is to present a few queries concerning this institution. Focusing on the so-called "racial animus" model of hate crime legislation there are presented main justifications of this concept (inter alia the so-called "greater harm argument" and the so-called "greater culpability of hate argument") and there are discussed and developed various critical arguments referring to it. There is also commented the recent attempt to reform the Polish Criminal Code. Authors of the project explicitly refer to the concept of hate crimes. However, due to the very narrow scope of the proposed amendment, one can make a statement that the shape of planned changes corresponds to the widely shared understanding of the concept of hate crimes only to an insignificant extent. Thus, it appears that the project should not refer to the discussed institution at all. Due to a number of important problems (philosophical, social, and related to legal dogmatics), possible decisions to introduce hate crimes in legal system should be preceded by an in-depth reflection. However, due to the described issues, one can venture an assertion that this institution should not be introduced at all.

Uwagi wstępne

Wyobraźmy sobie następującą sytuację. Idącemu z pracy mężczyźnie w średnim wieku kierowca i pasażerowie przejeżdżającego obok samochodu oferują podwiezienie. Autostopowicz wsiada do pojazdu. Po przejechaniu krótkiego odcinka drogi samochód zatrzymuje się. Kierowca wraz z dwoma pasażerami dotkliwie biją mężczyznę, którego zapewniali, że go odwiozą do domu. Następnie przy-

1 Artykuł stanowi uzupełnioną i poprawioną wersję referatu wygłoszonego podczas Zjazdu Młodych Teoretyków Prawa „Teoria prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością", który odbył się w Krakowie w dniach 15–18 września 2011 r.

wiązują go za nogi do liny przyczepionej do tylnego zderzaka pojazdu i wjeżdżają na pobliską, bardzo kamienistą drogę. Przejeżdżają kilka kilometrów, ciągnąc za sobą autostopowicza. Zostaje on drastycznie okaleczony i w wyniku doznanych obrażeń umiera. Ten zdawkowy opis można uzupełnić przez wprowadzenie dwóch możliwych wariantów takiego zdarzenia. W pierwszym ofiara jest Afroamerykaninem, a sprawcy białymi mężczyznami należącymi do organizacji rasistowskiej[2]. W drugim ofiara jest rasy białej, podobnie jak sprawcy. W toku postępowania sprawcy nie tłumaczą swojego czynu niechęcią do ofiary i do tego, co w przekonaniu sprawców ona reprezentuje (jak w pierwszym wariancie). Wspominają jedynie „nudę" i „chęć zabawienia się", ale sami dokładnie nie wiedzą, dlaczego to zrobili.

Jak w podobnych przypadkach winna wyglądać adekwatna reakcja prawnokarna? Jakiej wysokości kara wymierzona sprawcom będzie właściwa?

Podobne wydarzenia, mimo iż wielu osobom wydają się kompletnie nieludzkie i niezrozumiałe, niestety mają miejsce. W ich obliczu oraz towarzyszących im często wrzawy medialnej i oburzenia opinii publicznej pojawiają się pytania: Jak w podobnych przypadkach winna wyglądać adekwatna reakcja prawnokarna? Jakiej wysokości kara wymierzona sprawcom będzie właściwa? Czy, być może, należy nowelizować prawo karne w celu zapewnienia surowszych kar dla sprawców takich czynów? Z perspektywy polskiego porządku prawnego można by zakładać, że wstępną kwalifikacją czynów w obu zarysowanych powyżej wariantach byłoby zabójstwo dokonane w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie zgodnie z art. 148 § 2 pkt 3 kodeksu karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.; dalej: k.k.). Natomiast w wielu krajach, ze Stanami Zjednoczonymi na czele, działania realizujące znamiona jakiegokolwiek typu czynu zabronionego, stanowiące wyraz niechęci, wręcz nienawiści do grupy, do której należy ofiara (jak w przypadku opisanego pokrótce pierwszego wariantu), są w specyficzny sposób priorytetyzowane w obowiązujących ustawach karnych. Chodzi tutaj o szeroko i gorąco dyskutowaną koncepcję przestępstw z nienawiści (ang. *hate crimes*).

Samo pojęcie *hate crimes* rozumie się na dwa sposoby[3]. Przestępstwa z nienawiści można bowiem traktować jako zjawisko społeczne, obejmujące kategorię działań realizujących znamiona dowolnego typu czynu zabronionego, w znacznym stopniu motywowanych przesądami, uprzedzeniami, wrogością, nienawiścią sprawcy wobec grupy osób wyróżnianych na podstawie cech, jak przynależność rasowa, etniczna, kulturowa, religijna, orientacja seksualna, płeć biologiczna, tożsamość płciowa, niepełnosprawność, czy nawet wiek[4]. Rozumiane są one również jako prawna koncepcja specyficznego rodzaju deliktów, uregulowana w odrębnych

2 Słynna sprawa Jamesa Byrda, szerzej zob. T. Streissguth, *Hate Crimes. Library in a book*, New York 2003, s. 30–31.

3 C. Card, *Is Penalty Enhancement a Sound Idea?*, „Law and Philosophy" 2001, vol. 20, nr 2, s. 199.

4 Wydaje się, że głównie do tego rozumienia przestępstw z nienawiści odnosi się polska literatura, zob. O. Sitarz, *Culture defence a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii" 2007–2008, t. XXIX–XXX, s. 647, przyp. 16; E. Ryłko, *Jak mówić o przestępstwach z nienawiści?* (w:) A. Lipowska-Teutsch, E. Ryłko (red.), *Przemoc motywowana uprzedzeniami. Przestępstwa z nienawiści*, Kraków 2007, s. 11; A. Szul-Szywała, *Przestępstwa z nienawiści w polskim prawie* (w:) A. Lipowska-Teutsch, E. Ryłko (red.), *Przemoc motywowana…*, s. 13. Z kolei M. Woiński, *O pojęciu przestępstwa z nienawiści (hate crime)* (w:) P. Szczepłocki (red.), *Przestępstwa z nienawiści w Polsce. Publikacja pokonferencyjna*, Toruń 2011, s. 12, 14, już wyraźnie zwraca uwagę na *hate crimes* jako prawną koncepcję, a nie tylko zjawisko społeczne.

przepisach karnych dotyczących wymiaru kary i przewidujących zaostrzenie kar dla sprawców powyżej scharakteryzowanych czynów. Trzeba jednak pamiętać, że wbrew obiegowej opinii przepisy odpowiadające tej prawnej koncepcji nie mają jednej powszechnej postaci[5]. Zgodnie bowiem z regulacjami *hate crimes*, odzwierciedlającymi model *discriminatory selection*, może dojść do surowszego ukarania jakiegokolwiek przestępstwa, jeśli jednym z motywów jego popełnienia jest przynależność pokrzywdzonego do określonej grupy, ale niezależnie od tego, dlaczego sprawca wybrał właśnie tę, a nie inną ofiarę. Natomiast, zgodnie z modelem *racial animus*, surowiej sankcjonowane są przestępstwa, które były wprost motywowane niechęcią, wrogością, uprzedzeniami sprawcy w stosunku do grupy, którą reprezentuje pokrzywdzony[6]. Słusznie zatem się zauważa, że pierwszym modelem można objąć zdecydowanie szerszą grupę potencjalnych sprawców przestępstw[7]. Jednakże może to prowadzić do co najmniej wątpliwych przypadków zaostrzenia odpowiedzialności karnej. Przykładowo, zgodnie z modelem *discriminatory selection*, złodziej włamywacz, który zdecydowałby się okraść dom należący do osoby żydowskiego pochodzenia tylko i wyłącznie z powodu żywionego przez sprawcę przekonania, iż te osoby są szczególnie majętne, mógłby zostać surowiej ukarany[8]. Mając świadomość podobnych, co najmniej wątpliwych, praktycznych konsekwencji związanych z przyjęciem pierwszego modelu i tego, że nie zdaje się on przystawać do powszechnych intuicji dotyczących pojęć nienawiści, uprzedzenia czy, ogólnie rzecz biorąc, wrogości, zdecydowanie częściej przyjmowany jest model *racial animus*[9]. Co więcej, można zaryzykować twierdzenie, iż stanowi on zasadniczy punkt odniesienia w toczącej się dyskusji nad przestępstwami z nienawiści. Zgodnie z nim można powiedzieć, że istotą koncepcji *hate crimes* jest zaostrzanie odpowiedzialności karnej za popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa, jeśli było ono skierowane przeciwko osobom lub mieniu osób należących do określonej, wskazanej w przepisach grupy, a ten wybór był podyktowany uprzedzeniami, nienawiścią sprawcy żywioną wobec przedstawicieli tej zbiorowości.

Skupiając się na popularniejszym modelu *racial animus*, niniejsze opracowanie ma na celu przedstawienie niektórych uzasadnień koncepcji *hate crimes* oraz omówienie i rozwinięcie podnoszonych wobec nich głosów krytycznych. Ta analiza, choć daleka

5 F.M. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, Cambridge 1999, s. 29 i n.

6 Zob. przykładowe sformułowania odpowiadające modelom *discriminatory selection* oraz *racial animus*. *Ibidem*, s. 190, 191.

7 A.M. Danner, *Bias Crimes and Crimes Against Humanity: Culpability in Context*, „Buffalo Criminal Law Review" 2002, vol. 6, nr 1, s. 403.

8 Podobne wątpliwości wobec regulacji przestępstw z nienawiści, które w swoich sformułowaniach nie odnoszą się wprost do uprzedzeń sprawcy wobec grupy reprezentowanej przez pokrzywdzonego, przedstawia H.M. Hurd, *Why Liberals Should Hate „Hate Crime Legislation"?*, „Law and Philosophy" 2001, vol. 20, nr 2, s. 221.

9 F.M. Lawrence, *Punishing Hate*…, s. 34. Ma to także odzwierciedlenie w praktycznym stosowaniu omawianych regulacji. Przykładowo, zgodnie z wynikami badań przeprowadzonych wśród prokuratorów w stanie Teksas, w zdecydowanej mierze są oni za modelem *racial animus*. Ponadto, rozpatrując konkretny przypadek przestępstwa, kwalifikują je jako *hate crime* tylko i wyłącznie, gdy nienawiść była jedynym motywem popełnienia przez sprawcę określonego czynu (B. McPhail, V. Jenness, *To Charge or Not to Charge? – That Is The Question: The Pursuit of Strategic Advantage in Prosecutorial Decision-Making Surrounding Hate Crime*, „Journal of Hate Studies" 2005–2006, vol. 4, nr 1, s. 113). Jednakże warto podkreślić, iż z uwagi na dużą wieloznaczność używanych sformułowań w przepisach dotyczących omawianej kategorii przestępstw, bezsporne zakwalifikowanie konkretnych unormowań do jednego z modeli jest bardzo utrudnione (A.M. Danner, *Bias Crimes*…, s. 402; F.M. Lawrence, *Punishing Hate*…, s. 35–39). Chodzi tu o używanie zwrotu „because of" (co w wolnym tłumaczeniu znaczy „z powodu", „ze względu na" czy „zważywszy na") z następującymi po nim wyliczeniami cech pokrzywdzonego, jak rasa czy religia. Przy takim sformułowaniu przepisów dotyczących przestępstw z nienawiści bardzo dyskusyjne jest to, czy dla zaostrzenia odpowiedzialności sprawcy wymagane jest dowiedzenie, iż wybrał pokrzywdzonego „tylko" z uwagi na jakąś cechę, jego przynależność grupową (model *discriminatory selection*), czy potrzebne jest również dowiedzenie wrogości, uprzedzeń sprawcy wobec tego, co w jego przekonaniu reprezentuje pokrzywdzony i zbiorowość, do której należy (model *racial animus*).

od wyczerpania wszystkich problemów związanych z koncepcją *hate crimes*[10], usprawiedliwia wyraźne podanie w wątpliwość zasadności tej instytucji. Oprócz ogólnych wniosków prezentuje się także kilka uwag dotyczących poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 4253), który wpłynął do Sejmu VI kadencji 18 kwietnia 2011 roku. Planowana w nim nowelizacja art. 119 § 1 k.k., 256 § 1 k.k. i 257 k.k. jest przez autorów projektu uzasadniana potrzebą „skutecznej ochrony prawnokarnej przed przestępstwami popełnianymi z nienawiści (*hate crimes*) z uwagi na płeć, tożsamość płciową, niepełnosprawność oraz orientację seksualną"[11].

Głównym źródłem kontrowersji związanej z omawianą instytucją jest wspomniane już zaostrzanie grożących sankcji karnych. Zgodnie bowiem z przepisami dotyczącymi przestępstw z nienawiści, sprawcy określonego już przestępnego czynu można wymierzyć surowszą karę tylko i wyłącznie na podstawie tego, że działał motywowany uprzedzeniami wobec określonej grupy i wyrządził jej przedstawicielowi krzywdę. Natomiast sprawcy analogicznego czynu, który nie działał z powodu żywionej przez siebie nienawiści, a swoim działaniem wyrządził podobną, wręcz identyczną krzywdę, będzie wymierzona normalna, nieobostrzona kara. Mając świadomość tej zasadniczej różnicy między przestępstwami z nienawiści i pozostałymi, nienienawistnymi przestępstwami, można postawić następujące pytania: „czy nienawiść i uprzedzenia są gorsze od innych stanów emocjonalnych towarzyszących działaniom przestępnym?"[12] lub „czy przestępstwa z nienawiści rzeczywiście wyrażają bardziej naganne oceny, od tych wyrażanych przez inne typy przestępstw z użyciem przemocy?"[13]. Odwołując się do zarysowanego powyżej stanu faktycznego i jego dwóch możliwych wariantów, można powiedzieć, że „zaatakowanie czy zabicie osoby z motywu rasistowskiego nie jest oczywiście gorsze od zaatakowania czy zabicia osoby tylko dlatego, by czerpać sadystyczną przyjemność z obserwowania, jak cierpi"[14]. Niemniej jednak w dotychczasowej dyskusji zaproponowano kilka uzasadnień zaostrzania odpowiedzialności karnej.

I. *„Argument z większej krzywdy"*

Dość powszechnie próbuje się uzasadniać koncepcję przestępstw z nienawiści, twierdząc, iż motywowane uprzedzeniami działania przestępne skierowane przeciwko osobom wyróżnianym na podstawie określonych cech, jak np. rasa czy orientacja seksualna, najczęściej skutkują wyrządzeniem większej krzywdy w porównaniu do pozostałych, inaczej motywowanych przestępstw. Ten „argument z większej krzywdy"[15] można rozumieć na dwa sposoby. Chodzi tutaj nie tylko o domniemywaną większą krzywdę fizyczną i psychiczną odczuwaną przez bezpośrednią ofiarę, ale także o wpływ działania sprawcy na całą społeczność osób, do których należy konkretny pokrzywdzony[16]. Podnosi się bowiem, iż określone przestępstwo z nienawiści może skutkować w specyficznej utracie poczucia bezpieczeństwa całej grupy.

W stosunku do wspomnianej „większej krzywdy" bezpośredniej ofiary ten argument mógłby być zasadny, tylko jeśli zostałby w jakiś sposób potwierdzony empirycznie. Jednakże, nawet jeśliby tego dokonano, to nie wolno zapominać o tym, że prawo karne – tak czy inaczej, niezależnie od ewentualnego wprowadzenia przepisów dotyczących przestępstw z nienawiści – pozwala na adekwatne do wyrządzo-

10 Mianowicie, tylko sygnalizuje się pewne problemy związane z praktycznym stosowaniem przepisów odpowiadających tej koncepcji, zob. przyp. 63.

11 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 4253), http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/426E6F5F4F91E685C125789D00302F25/$file/4253.pdf, (dostęp 19 stycznia 2012), s. 4.

12 H.M. Hurd, *Why Liberals…*, s. 226.

13 D.M. Kahan, *Two Liberal Fallacies in the Hate Crimes Debate*, „Law and Philosophy" 2001, vol. 20, nr 2, s. 176.

14 D.A. Reidy, *The Justification of Hate Crime Laws: The Argument from Group-Based Oppression* (w:) A. Soeteman (red.), *Pluralism and Law. Proceedings of the 20th IVR World Congress Amsterdam*, 2001, vol. 1: Justice, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 2003, Beiheft nr 88, s. 162.

15 *Ibidem*, s. 160.

16 *Ibidem*, s. 160; A.M. Danner, *Bias Crimes…*, s. 394; H.M. Hurd, *Why Liberals…*, s. 215; D.M. Kahan, *Two Liberal…*, s. 175; C. Card, *Is Penalty…*, s. 206–207; zob. także J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, New York 1998, s. 81–88.

nej krzywdy ukaranie sprawcy[17]. Natomiast, jeśli chodzi o ewentualność wtórnej wiktymizacji[18] przestępstwem z nienawiści całej określonej społeczności, której członkowie w obliczu działania sprawcy mogą zacząć obawiać się o własne mienie, zdrowie, a nawet życie, to należy zwrócić uwagę na kilka wątpliwości.

Przede wszystkim, nie umniejszając przedstawicielom grup wyróżnianych na podstawie cech często wskazywanych w konkretnych regulacjach *hate crimes*, wiktymizacja osób trzecich nie jest zjawiskiem związanym tylko i wyłącznie z kategorią przestępstw z nienawiści[19]. Co więcej, można podejrzewać, że przestępstwa, których ofiary są wybierane kompletnie przypadkowo, będą wywoływały podobne negatywne skutki społeczne, ale o zdecydowanie szerszym zasięgu, niż działania skierowane przeciwko określonej grupie[20]. Do pewnego stopnia może to podważać kolejną rację za omawianą instytucją, jakoby wyższy wymiar kar za przestępstwa umotywowane nienawiścią miał efektywniej odstraszać potencjalnych sprawców. Słusznie zadaje się pytanie, czy ewentualna skuteczność takiego odstraszania w określonych okolicznościach nie prowadziłaby do tego, że sprawcy bardziej przypadkowo wybierają swoje ofiary. Wtedy przecież całe dane społeczeństwo mogłoby żyć w strachu przed staniem się ofiarą. Dosłownie nikt nie byłby pewny, czy nie zostanie pokrzywdzony. „Czy byłoby to polepszenie sytuacji?”[21].

Podążając tokiem rozumowania sugerowanym przez „argument z większej krzywdy”: wszystkie konkretne przestępstwa, które skutkują w wiktymizacji dużej ilości osób trzecich, wywoływaniu strachu i obawy, winny spotykać się z bardziej stanowczą reakcją prawnokarną. Trzeba by jednak wpierw ustalić, czy rzeczywiście takie „wtórne krzywdy” winny być brane pod uwagę przy wymiarze kary wobec konkretnego sprawcy[22]. Może on bowiem w żaden sposób nie przyczyniać się do „widoczności” swojego przestępstwa, a przecież uświadomienie sobie przez społeczeństwo czy określoną grupę, tego że dany czyn został popełniony, jest istotnym czynnikiem warunkującym owe „wtórne krzywdy”[23]. To raczej nagłośnienie i często przejaskrawienie danej sprawy przez media inicjuje strach i obawę[24], a nie sam czyn, o którym stosunkowo mało osób może się w ogóle bezpośrednio, bez udziału mediów dowiedzieć. Dlaczego zatem wymierzać sprawcy stosunkowo wyższą karę na podstawie domniemywanych krzywd psychicznych osób trzecich, których w zasadzie on nie wyrządził? „Argument z większej krzywdy” nie

> **„Argument z większej krzywdy” nie dość, że obarczony wieloma wątpliwościami, zdaje się w niepokojący sposób rozmywać, rozszerzać i relatywizować tak zasadniczą dla odpowiedzialności karnej kategorię winy.**

17 D.A. Reidy, *The Justification*…, s. 160.

18 O rozróżnieniu między wiktymizacją bezpośrednią a pośrednią (określaną także mianem wtórnej lub zastępczej), zob. M. Szafrańska, *Polityczna instrumentalizacja strachu przed przestępczością*, Toruń 2010, s. 44–46.

19 J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes*…, s. 87; C. Card, *Is Penalty*…, s. 207.

20 *Ibidem*, s. 207.

21 *Ibidem*, s. 208.

22 Podobnie H.M. Hurd, *Why Liberals*…, s. 215.

23 Podobnie D.A. Reidy, *The Justification*…, s. 160.

24 O wpływie przekazów medialnych na zjawisko strachu przed przestępczością zob. M. Szafrańska, *Polityczna instrumentalizacja*…, s. 61–66.

dość, że obarczony wieloma wątpliwościami, zdaje się w niepokojący sposób rozmywać, rozszerzać i relatywizować tak zasadniczą dla odpowiedzialności karnej kategorię winy.

II. „Argument z większej karygodności nienawiści”

Kolejnym uzasadnieniem omawianej instytucji jest przekonanie, iż nienawiść, uprzedzenia na tle m.in. przynależności rasowej, kulturowej czy orientacji seksualnej ofiary są motywami zasługującymi na szczególne potępienie. Są bardziej karygodne niż inne motywy prowadzące do popełniania przestępstw i z tego względu winno się zapewniać wymierzanie surowszych kar ich sprawcom[25]. Ten „argument z większej karygodności nienawiści” spotyka się z szeregiem głosów krytycznych. Przede wszystkim zarzuca się, iż stanowi w zasadzie wyraz całkowicie arbitralnego, w praktyce nieuzasadnialnego przekonania, iż to właśnie uprzedzenia sprawcy, spośród niezliczonej ilości innych zasługujących na potępienie motywów, mają „przeważyć” i być wprost wyróżniane w przepisach dotyczących wymiaru kary. Natomiast, odwołując się do sygnalizowanych już powyżej problemów, należy jeszcze raz zastanowić się, czy nienawiść – w rozumieniu projektowanym przez omawianą instytucję – jest rzeczywiście gorsza niż chciwość, „chęć zabawienia się”, czy potrzeba wywyższania się i podporządkowywania innych za wszelką cenę. Te motywy przecież także prowadzą do popełniania niezwykle krzywdzących przestępstw. Dlaczego w takim razie zwolennicy *hate crimes* odwołujący się do „argumentu z większej karygodności nienawiści” nie starają się być konsekwentni w swoim stanowisku i nie chcą wprowadzenia kolejnych przepisów zaostrzających wymiar kary za jakiekolwiek przestępstwa popełnione np. z chciwości czy wręcz chorobliwej żądzy władzy? Można zaryzykować twierdzenie, że koncepcja przestępstw z nienawiści jest próbą skwantyfikowania w przepisach prawa pozytywnego motywów kryjących się za działaniami realizującymi znamiona typów czynów zabronionych. Takie podejście zdaje się być obarczone błędnym przekonaniem o możliwości abstrakcyjnego uporządkowania różnych motywów kierujących ludzkim postępowaniem, w zależności od stopnia ich naganności, które zawsze byłoby adekwatne do rozpatrywanych konkretnych stanów faktycznych[26]. Nie można jednak z całą pewnością zakładać, że zawsze każde działanie przestępne motywowane uprzedzeniami będzie gorsze od innych, inaczej motywowanych.

Oprócz tych zarzutów, które można oddać w formie prostego pytania: dlaczego akurat nienawiść?, koncepcja *hate crimes* jest krytykowana, gdyż niewątpliwie jest bardzo wyraźnym przejawem odchodzenia od kardynalnej w prawie karnym zasady czynu i przechodzenia do zasady sprawcy[27]. Nie należy jednak tej linii krytyki rozumieć jako pryncypialnego sprzeciwu wobec uwzględniania motywu. Słusznie się bowiem zauważa, że prawo w pewnym stopniu dyferencjuje odpowiedzialność karną w zależności od motywacji kierującej sprawcą[28]. Należy jednakże przypomnieć, że „motywacja, z powodu której doszło do przestępstwa, może mieć znaczenie dopiero na etapie wymiaru kary. Odwoływanie się (…) w ustawodawstwie do elementów motywacji wydaje się przesadzone”[29]. Innymi słowy, określona motywacja może być przedmiotem zainteresowania konkretnych prokuratorów i sędziów w konkretnych postępowaniach (etap stosowania prawa). Natomiast nie powinna być bezpośrednio umieszczana w obowiązujących przepisach karnych (etap stanowienia

25 A.M. Danner, *Bias Crimes…*, s. 395–396; H.M. Hurd, *Why Liberals…*, s. 215; J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes…*, s. 79–81; D.A. Reidy, *The Justification…*, s. 160–162.

26 Można by zatem zaryzykować twierdzenie, że omawiana instytucja stanowi do pewnego stopnia wyraz nieujawnianego specyficznego monizmu etycznego, odnoszonego do potępianych postaw, motywów, zgodnie z którym można by utworzyć ich uniwersalnie ważną hierarchię. O monizmie etycznym i zarzutach wobec tego stanowiska zob. B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008, *passim*.

27 H.M. Hurd, *Why Liberals…*, s. 216.

28 J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes…*, s. 80; D.A. Reidy, *The Justification…*, s. 161, 162; zob. także H.J. Hirsh, *Czy zasada czynu jako podstawowa zasada prawa karnego jest wystarczająco przestrzegana?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1, s. 7.

29 *Ibidem*, s. 11.

prawa). W świetle tego trzeba stwierdzić, że przepisy dotyczące przestępstw z nienawiści wprost przeczą tym zaleceniom. Co więcej, jak wskazywano powyżej, są one wyrazem niezwykle trudnych do uzasadnienia przesądzeń o rzekomej większej karygodności jakiejś postawy reprezentowanej przez sprawcę i jego czyn.

Na tym jednak nie kończą się wątpliwości dotyczące *hate crimes* związane z opozycją: zasada czynu – zasada sprawcy. W przypadku zastosowania omawianej instytucji, sprawcy przestępstwa z nienawiści może zostać wymierzona stosunkowo wyższa kara niż sprawcy analogicznego czynu, którym wyrządził wręcz identyczną krzywdę, ale był inaczej umotywowany. Tę dodatkową dolegliwość zadaną sprawcy motywowanemu uprzedzeniami, nienawiścią często traktuje się jako karanie jego przekonań, światopoglądu czy nawet charakteru[30]. Można powiedzieć, że wprowadzanie przepisów odpowiadających omawianej koncepcji skutkuje swoistą „reglamentacją przekonań i postaw jednostki”[31]. Budzi to poważne wątpliwości nie tylko z perspektywy zasady czynu, o której sugestia, iż została zapomniana[32], wydaje się szczególnie zasadna w świetle *hate crimes*. Można bowiem tę koncepcję krytykować także w oparciu o ideał neutralności moralnej prawa, zgodnie z którym „prawodawca w stosowaniu przymusu nie może kierować się niechęcią wobec systemu moralnego, wyrażonego w danym akcie czy zachowaniu zakazanym przez prawo (…) [ani – M.D.] przekonaniem, że pewne koncepcje moralne powinny być preferowane względem innych, że on sam ma jakiś uprzywilejowany wgląd w rozumowanie moralne, które pozwala mu kwalifikować pewne moralności jako bardziej pożądane niż inne”[33]. Innymi słowy, decyzje ograniczające wolność, obejmujące restrykcjami określone „pomysły na życie”, mają być w taki sposób uzasadniane, by nie można było domniemywać, że są wyrazem preferencji czy dezaprobaty wobec określonej moralności[34]. Oczywiście, należy się zgodzić z twierdzeniem, iż neutralność moralna prawa nigdy nie będzie osiągnięta w pełni i należy ją traktować raczej jako swojego rodzaju „probierz” regulacji prawnych[35]. Wydaje się jednak, że koncepcja przestępstw z nienawiści uzasadniana poprzez „argument z większej karygodności nienawiści” zdecydowanie za bardzo odstaje od tego ideału. Państwa, które aspirują do miana liberalnych, a jednocześnie chciałyby wprowadzić kategorię *hate crimes* do swoich porządków prawa karnego, mogą napotkać szereg problemów związanych z uzasadnieniem takiej decyzji, uzasadnieniem próbującym pogodzić dwa, w zasadzie przeciwstawne kierunki polityki prawa.

Wobec uzasadnień regulacji prawnych przestępstw z nienawiści wysuwa się także zarzut, iż jest to instytucja stanowiąca wyraz perfekcjonizmu, który zdaje się przecież stać w wyraźnej opozycji do zasady czynu oraz pryncypiów szeroko pojmowanej myśli liberalnej[36]. Tę linię krytyki można traktować jako jeden z elementów stanowiska podającego w wątpliwość tezę, iż zadaniem państwa oraz tworzonego i obowiązującego na jego terytorium prawa pozytywnego ma być ostateczne wykorzenienie – wśród adresatów tego prawa – nagannych, wręcz złych cech i postaw oraz rozpowszechnianie, kultywowanie dobrych wzorców, jakiekolwiek by one były. Natomiast, odwołując się do rozważań J. Feinberga[37], prawny perfekcjonizm można rozumieć jako pogląd, zgodnie z którym właściwym zadaniem prawa karnego jest „udoskonalanie” jego adresatów. Zatem wedle takiego stanowiska wystarczającym powodem do wprowadzenia określonych zakazów jest przekonanie, że przyczynią się one do stawania się przez ich adresatów lepszymi ludźmi. W filozoficzno-socjologicznej, ogólnej refleksji nad prawem pionierskie ujęcie polityki prawa L. Petrażyckiego wydaje się być

30 H.M. Hurd, *Why Liberals…*, s. 223–224; D.M. Kahan, *Two Liberal…*, s. 175; D.A. Reidy, *The Justification…*, s. 162.

31 H.J. Hirsh, *Czy zasada…*, s. 5.

32 *Ibidem*, s. 5, 17.

33 W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7, s. 32.

34 M. Błachut, *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005, s. 25.

35 T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005, s. 134.

36 H.M. Hurd, *Why Liberals…*, s. 216, 231; D.A. Reidy, *The Justification…*, s. 162.

37 J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume IV. Harmless Wrongdoing*, New York 1988, s. 277.

przykładem stanowiska perfekcjonistycznego. Wszak wprost pisze on, że działanie prawa ma polegać na „wzbudzaniu lub tłumieniu pobudek różnych czynów i zaniechań (…) [oraz – M.D.] utrwalaniu i rozwijaniu pewnych skłonności i cech charakteru ludzkiego i na osłabianiu i tępieniu innych”[38]. Wszystko to ma prowadzić do ideału „czynnej miłości wśród ludzi”[39]. Wydaje się natomiast, że stanowisko przeciwne perfekcjonizmowi do pewnego stopnia można przypisać L.L. Fullerowi. Wyraźnie sprzeciwia się on idei „ulepszania” ludzi, twierdząc, iż „nie ma sposobu, aby prawo mogło zmusić człowieka, by żył tak godziwie i doskonale, jak jest do tego zdolny”[40]. Według niego prawo ma opierać się na moralności obowiązku, czyli na pewnych zasadniczych, minimalnych wręcz regułach życia społecznego, a nie na moralności aspiracji, która nie posługując się karami, lecz „językiem (…) pochwał, dobrych rad i zachęty”, polega na dążeniu do ludzkiej doskonałości[41].

Trzeba jednak podkreślić, że spośród wielu linii krytyki wobec koncepcji przestępstw z nienawiści i w szczególności „argumentu z większej karygodności nienawiści”, omawiany zarzut zdaje się być zaniedbywany w aktualnej debacie. W obliczu nasuwającego się pytania: dokładnie dlaczego przepisy obostrzające odpowiedzialność karną sprawców motywowanych uprzedzeniami są traktowane jako przejaw perfekcjonizmu?, potrzebne jest zaproponowanie jakiegoś, choćby wstępnego uściślenia tego głosu krytycznego. Przytaczane już ujęcie J. Feinberga wydaje się bardzo użyteczne. Zgodnie z nim można argumentować w następujący sposób: jeśli inne niż „argument z większej karygodności nienawiści”, możliwe do sformułowania sposoby uzasadniania *hate crimes* również budzą wątpliwości, jak np. przyjmowane *in abstracto* przekonanie o większej krzywdzie wyrządzanej działaniami motywowanymi uprzedzeniami, to rzeczywiście można by powiedzieć, iż omawiane przepisy są przykładem perfekcjonizmu. Zdają się one bowiem mieć na celu przede wszystkim „tłumienie” pewnych pobudek, czy ogólnie rzecz biorąc, wad człowieka. Jednakże w omawianym zakresie nie chodzi wcale o wadę, która z małym lub wręcz żadnym prawdopodobieństwem może doprowadzić osobę nią „obciążoną” do wyrządzenia krzywdy innym. Wręcz przeciwnie, żywiona nienawiść i uprzedzenia – chyba jak żadne inne – niosą ze sobą duże ryzyko krzywdy. Z tego względu niezwykle trudno jednoznacznie stwierdzić, czy brak uprzedzeń jest jedną z wielu podstawowych zasad życia społecznego, a więc odpowiednich do prawnokarnej ochrony i sankcjonowania, czy też być może stanowi swojego rodzaju cnotę moralną,

38 L. Petrażycki, *Wstęp do nauki prawa i moralności. Podstawy psychologii emocjonalnej*, Warszawa 1959, s. 14.

39 *Ibidem*, s. 15.

40 L.L. Fuller, *Moralność prawa*, przeł. S. Amsterdamski, Warszawa 2004, s. 6.

41 *Ibidem*, s. 3, 6, 7, 12, 24, 25, 157. Należy zauważyć, iż to bardzo ogólne stanowisko L.L. Fullera znajduje dość wyraźne odzwierciedlenie w poglądach doktryny prawa karnego dotyczących właściwego zakresu kryminalizacji. Według A. Wąska „ochrona prawnokarna dotyczyć powinna tylko podstawowych, elementarnych wartości moralnych (w tym sensie prawo karne ma być minimum moralności), na ogół niekwestionowanych przez członków społeczeństwa i możliwych do przestrzegania bez szczególnych wyrzeczeń lub narażenia siebie na niebezpieczeństwo osobiste. Gdyby zaś prawo karne chciało represjonować zachowania sprzeczne li tylko z cnotami moralnymi lub wartościami moralnymi o charakterze perfekcjonistycznym (np. bezinteresowność, skromność, ofiarność, gotowość do poświęceń dla innych ludzi lub dobra społecznego, odwaga, prawdomówność, życzliwość) to doszłoby do przekryminalizowania życia społecznego, stworzenia prawa, którego nikt nie byłby w stanie przestrzegać, prawa zakłamanego i niesprawiedliwego w samym swym założeniu, mającego być bowiem stosowanego wybiórczo, dającego wygodne narzędzie do represjonowania przeciwników politycznych i opozycyjnie nastawionych obywateli” (A. Wąsek, *W kwestii tzw. odmoralizowania prawa karnego*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2–3, s. 237, 238). Należy zauważyć, że jest to jednocześnie problem związany z określeniem odpowiedniego zakresu funkcji wychowawczej prawa, jak i jej spełniania. O funkcji wychowawczej prawa zob. M. Borucka-Arctowa, *Społeczne funkcje prawa formułowane w doktrynie, ustawodawstwie i orzecznictwie* (w:) M. Borucka-Arctowa (red.), *Społeczne poglądy na funkcje prawa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1982, s. 19–22; Z. Ziembiński (w:) S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 236, 237; Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 508–510.

którą poszczególni ludzie mogą się charakteryzować, lecz prawo na etapie stanowienia i obowiązywania nie powinno w żadnym zakresie do niej się odnosić. Zatem trzeba liczyć się z co najmniej dwoma przeciwstawnymi opiniami dotyczącymi „statusu” braku nienawiści, do której niewątpliwie chce się dążyć poprzez regulacje *hate crimes*.

Z jednej strony bowiem bardzo prawdopodobne są głosy, iż powstrzymywanie się ludzi od przecież powszechnie krytykowanych postaw i kontrfaktycznych poglądów konstytuujących szeroko rozumiane uprzedzenia wcale nie jest przejawem jakiegoś nadzwyczajnego wysiłku podejmowanego w celu udoskonalenia samego siebie. Z drugiej strony, możliwe są opinie, że koncepcja przestępstw z nienawiści, nie tylko z punktu widzenia doktryny prawa karnego zdaje się tworzyć zbyt wysokie standardy, albowiem stanowi wyraz szczególnego zainteresowania wewnętrznymi przeżyciami sprawcy, a już nie tylko skutkami jego zewnętrznej działalności, ale także zmierza ona do zmiany pewnych naturalnych dyspozycji, cech ludzi[42]. Zatem, odnosząc się jeszcze raz do dociekań L.L. Fullera, nie wiadomo gdzie – na szerokiej skali między moralnością obowiązku a moralnością aspiracji – znajduje się brak nienawiści i uprzedzeń jako motywów ludzkiego działania. Ta uwaga może usprawiedliwiać twierdzenie, że zarzut z perfekcjonizmu wobec „argumentu z większej karygodności nienawiści” jest słaby w porównaniu do innych głosów krytycznych. Jego zasadność zależy tylko i wyłącznie od wcześniej przyjętego stanowiska, które samo z trudem poddaje się weryfikacji.

III. Inne argumenty

Argumenty „z większej krzywdy” i „z większej karygodności nienawiści”, choć zdecydowanie najczęściej dyskutowane, wcale nie są jedynymi sposobami uzasadniania koncepcji *hate crimes*. Podnosi się bowiem, że te przepisy mają stanowić również jednoznaczny komunikat potępiający nienawiść i uprze-

42 Odwołując się do „niewygodnych” ustaleń teorii ewolucji, zgodnie z którymi ludzie przejawiają uniwersalną tendencję do tworzenia opozycji „my – oni/inni” i działania wedle niej, uprzedzenia mają swoją ewolucyjną genezę, a etnocentryzm i ksenofobia są naturalne i ujawniają się od wczesnego dzieciństwa (zob. H.D. Fishbein, *The Genetic/Evolutionary Basis of Prejudice and Hatred*, „Journal of Hate Studies” 2003–2004, vol. 3, nr 1, s. 114; J.E. Waller, *Our Ancestral Shadow: Hate and Human Nature in Evolutionary Psychology*, „Journal of Hate Studies” 2003–2004, vol. 3, nr 1, s. 128, 129; W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 12, 66, 68). Zdecydowanie mniej zgodni co do specyfiki nienawiści są przedstawiciele kolejnej nauki biologicznej zyskującej coraz to większe zainteresowanie wśród prawników, neurobiologii. Główna kontrowersja dotyczy określenia rejonu mózgu, który byłby odpowiedzialny za nienawiść. Dotychczasowe ustalenia są dalekie od bycia jednoznacznymi. Traktując nienawiść jako rodzaj emocji, podnosi się, iż to układ limbiczny winien być za nią odpowiedzialny (zob. E.M. Glaser, *Is There a Neurobiology of Hate?*, „Journal of Hate Studies” 2008–2009, vol. 7, nr 1, s. 12). Natomiast przeprowadzone badania neurologiczne wskazują, iż u odczuwającego nienawiść do konkretnej osoby aktywują się dwa rejony mózgu niezwiązane bezpośrednio z układem limbicznym. Chodzi tu o tzw. wyspę (*insula*) i skorupę (*putamen*); zob. S. Zeki, J.P. Romaya, *Neural Correlates of Hate*, „PLoS ONE” 2008, vol. 3, nr 10, s. 7. Konieczne jest jednak podkreślenie, iż te badania dotyczą nienawiści jednostkowej, odczuwanej wobec konkretnych osób (*ibidem*, s. 1), więc nie wiadomo, czy są adekwatne do rozumienia nienawiści projektowanej przez instytucję *hate crimes*. Z uwagi na cel niniejszego opracowania oraz złożoność samego problemu, kwestia możliwych konsekwencji ustaleń teorii ewolucji i neurobiologii dla przestępstw z nienawiści zdecydowanie wymaga osobnego opracowania. Można jedynie zasygnalizować kilka zagadnień, które winny być poruszone: czy ta „przyrodzona” nienawiść dotyczy wszystkich grup wyróżnianych w przepisach *hate crimes*, czy tylko niektórych; czy i na jakiej podstawie domniemana „naturalność” uprzedzeń może stanowić argument „za” lub „przeciw” omawianej instytucji oraz uwikłany w tak postawione pytanie „Hume'owski” problem wpływu sfery bytu na sferę powinności (chodzi tu o kwestię wywodliwości z rzekomych faktów o naturalnej skłonności do ksenofobii twierdzeń normatywnych odnoszących się do kształtu instytucji prawnych); czy badania neurologiczne mogłyby ułatwiać udowodnienie nienawistnego motywu oraz czy i jakie skutki społeczne mogłoby mieć szerokie uświadomienie sobie przez ludzi rzekomej „naturalności” uprzedzeń i nienawiści (podobny problem, ale odnoszony do eksperymentów B. Libeta i kwestii istnienia wolnej woli, analizuje W. Załuski, *Granice naturalizacji etyki* (w:) B. Brożek, J. Mączka (red.), *Czy nauka zastąpi religię?*, Kraków 2011, s. 205–216).

dzenia[43]. Należy spróbować określić, co dokładnie jest podstawą wiadomości, którą mają wysyłać przepisy odpowiadające omawianej instytucji. Czy jest to jakaś obowiązująca norma społeczna stanowiąca wyraz jednoznacznego sprzeciwu wobec uprzedzeń, która jest tylko wzmacniana przez odpowiednie przepisy prawa pozytywnego, czy może wyrażane stanowisko jest wyłącznie autorskim postulatem? By odpowiedzieć na to pytanie, trzeba by zatem spróbować empirycznie udowodnić istnienie lub brak w danym społeczeństwie powszechnie zinternalizowanej normy odrzucania nienawiści na tle przynależności, m.in. rasowej, kulturowej oraz religijnej. Jednak, nawet pobieżna obserwacja realiów społecznych nie może nastrajać zbyt optymistycznie. Można bowiem zaryzykować twierdzenie, że choć w deklaracjach pewnie zdecydowana większość społeczeństwa sprzeciwia się jej i ją piętnuje, to jednak nienawiść i uprzedzenia w wielu różnorodnych formach wciąż przejawiają się z życiu społecznym[44]. Jeśli takiej normy nie ma, to można zakładać, iż wspomniany komunikat jest w znaczącym stopniu wyrazem jednostronnej projekcji, która tylko może być przedstawiana przez normodawcę jako zadośćuczynienie rzekomo powszechnym w społeczeństwie poglądom. Takie ujęcie regulacji *hate crimes* jako wyrazu potępienia nienawiści i uprzedzeń będzie można potraktować, odwołując się do wcześniejszych rozważań, jako naruszenie zasad prawa karnego i ideałów państwa liberalnego. Brak mocnego argumentu na rzecz przestępstw z nienawiści, który nie budzi tak poważnych wątpliwości jak omawiane we wcześniejszych punktach, może być bardzo problematyczny dla podmiotów chcących, mimo wszystko, wprowadzenia tej instytucji lub podtrzymania jej obowiązywania. Narażają się bowiem na krytykę, że tworzone przez nich prawo karne jest tylko pustym sloganem. Ponadto trzeba uzasadnić, dlaczego ten slogan dotyczy tylko jednego spośród całego szeregu motywów, które przecież też mogłyby być przedmiotem jednoznacznego potępienia komunikowanego przez prawo.

Co więcej, ten prawnokarny przekaz może błędnie sugerować, iż nienawiść i uprzedzenia przejawia tylko bardzo wąska grupa adresatów prawa, którzy i tak prawa nie przestrzegają. Mianowicie podnosi się, iż regulacje *hate crimes* w zasadzie nie komunikują tego, że „uprzedzenia jako takie są nie do zaakceptowania”[45]. Wyrażane przez nie potępienie dotyczy bowiem tylko tych, którzy popełniają przestępstwa w wyniku takich motywacji. Prawodawca, instytucje i wszyscy pozostali, przestrzegający prawa adresaci mogą niewłaściwie poczuć się zwolnieni z odpowiedzialności za wciąż funkcjonujące uprzedzenia. Mogą zadawać, w ich przekonaniu retoryczne pytanie: „któż inny niż sprawcy przestępstw z nienawiści jest winien jeszcze obecnym przejawom uprzedzeń w naszym społeczeństwie?”[46]. Choć taka krytyka może wydawać się zbyt surowa, to jednak trzeba pamiętać, że nienawiść i uprzedzenia są niezwykle subtelnymi, bardzo złożonymi problemami, w które uwikłany jest szereg różnorodnych, wzajemnie oddziałujących na siebie czynników, m.in. historycznych, kulturowych, ekonomicznych, wychowawczych, czy w końcu biologicznych[47]. Tworzone polityki i instytucje powinny jak najściślej odpowiadać naturze zjawisk, którym mają przeciwdziałać[48]. Nienawiść i uprzedzenia nie mogą być traktowane jako coś „zewnętrznego” wobec głównego nurtu danego społeczeństwa. Przejawiają je nie tylko członkowie ekstremalnych ugrupowań, ale również tzw. zwykli ludzie[49]. Zatem skupianie się na prawnokarnej reakcji na te zjawiska może tworzyć tylko iluzję rozwiązania problemu[50], a same przepisy dotyczące

43 A.M. Danner, *Bias Crimes…*, s. 396–399; F.M. Lawrence, *Punishing Hate…*, s. 163–169, odnosząc się przy tym do znanej koncepcji funkcji ekspresyjnej J. Feinberga; zob. J. Feinberg, *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, przeł. W. Mleczko, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 215–228; J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes…*, s. 90.

44 Istnienie powszechnej społecznej normy przeciwko rasizmowi, np. w Stanach Zjednoczonych, jest wyraźnie podawane w wątpliwość przez J.Y. Kim, *Hate Crime Law and the Limits of Inculpation*, „Nebraska Law Review” 2006, vol. 84, s. 884, 885, 892, 893.

45 C. Card, *Is Penalty…*, s. 196.

46 Podobnie *ibidem*, s. 213.

47 Podkreśla to np. H.D. Fishbein, *The Genetic…*, s. 116.

48 J.E. Waller, *Our Ancestral…*, s. 131.

49 C. Card, *Is Penalty…*, s. 195.

50 J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes…*, s. 91.

hate crimes mogą być traktowane jako specyficzny przykład symbolicznej kryminalizacji[51].

Kolejnym wartym uwagi uzasadnianiem koncepcji przestępstw z nienawiści jest „argument z opresji"[52] bądź „argument z wyrównywania krzywd". Zgodnie z nim, zaostrzanie grożących kar nie jest wymagane ze względu na wyrządzanie rzekomej większej krzywdy ani domniemywaną większą karygodność samego motywu. Instytucja *hate crimes* i będące jej konsekwencją niewątpliwe gwarantowanie większej formalnej, prawnej ochrony osobom należącym do zbiorowości wyróżnianych na podstawie cechy rasy, wyznania, orientacji seksualnej czy kultury ma stanowić reakcję na ich często gorszą sytuację społeczną. Sprawca przestępstwa z nienawiści swoim działaniem bowiem wyrządza krzywdę przedstawicielowi grupy, która i tak w danym społeczeństwie jest poddawana różnego rodzaju opresji i dyskryminacji, przejawiających się np. w utrudnionym dostępie do edukacji czy pracy. Innymi słowy: obostrzenie kar jest uzasadniane tym, że pokrzywdzonymi przestępstwami z nienawiści są osoby będące już w specyficzny sposób pokrzywdzone. Kształtowanie omawianej instytucji – zgodnie z tym argumentem – mogłoby prowadzić do ograniczenia ilości grup wymienianych w przepisach, tylko do tych, których sytuacja jest rzeczywiście w jakimś sensie gorsza[53].

Wobec takiego sposobu obrony koncepcji *hate crimes* można sformułować co najmniej dwie wątpliwości. Przede wszystkim wspomniany argument wydaje się być konsekwencją problematycznego założenia, jakoby wyłącznie formalna, większa ochrona prawnokarna mogła w jakikolwiek sposób rekompensować gorszą sytuację danych grup, która wcale nie musi być w żaden sposób związana ze sferą prawa karnego. Jak bowiem wyższa kara grożąca sprawcom ma stanowić zadośćuczynienie za np. złe położenie ekonomiczne, utrudniony dostęp do edukacji, czy w końcu nieprzyjazne spojrzenia sąsiadów? Są to zagadnienia, których uwspółmiernienie wydaje się być niemożliwe. Ponadto same pojęcia dyskryminacji i opresji są bardzo niejasne. Nie wiadomo, w oparciu o jakie szczegółowe kryteria można by zgeneralizowaną sytuację określonej grupy w danym społeczeństwie ocenić jako istotnie gorszą.

Istnieje jednak dużo silniejsza krytyka omawianego argumentu. Można zakładać, że w określonych okolicznościach przepisy dotyczące przestępstw z nienawiści wcale nie przyczynią się do ograniczania odczuwanej opresji i dyskryminacji, na które mają być swojego rodzaju przeciwwagą, czy nawet remedium. Wręcz przeciwnie, mogą one je wzmacniać. Mianowicie, uświadomienie sobie przez społeczeństwo, że w świetle omawianej instytucji dwa w zasadzie identyczne czyny powinny zostać w istotnym stopniu inaczej ocenione przez wymiar sprawiedliwości tylko dlatego, że jeden z pokrzywdzonych jest członkiem określonej grupy, może prowadzić do pogłębiania społecznej niechęci wobec przedstawicieli tej właśnie zbiorowości. Ludzie mogą nie zgadzać się na sytuację, w której priorytetyzuje się określone grupy. Nie można bowiem zapominać, że pozytywna dyskryminacja, objawiająca się w gwa-

…nienawiść i uprzedzenia są niezwykle subtelnymi, bardzo złożonymi problemami, w które uwikłany jest szereg różnorodnych, wzajemnie oddziałujących na siebie czynników…

51 Jej „celem jest (…) tylko akcentowanie znaczenia pewnych wartości, bez iluzji co do tego, że taka kryminalizacja odniesie poza tym jakiś skutek", zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 62.

52 D.A. Reidy, *The Justification…*, s. 159; podobne ujęcie sugeruje A.M. Danner, *Bias Crimes…*, s. 449, 450.

53 *Ibidem*, s. 450.

rantowaniu większej ochrony prawnej przedstawicielom danych wspólnot, wciąż jest dyskryminacją. Osoby, którym gwarantuje się normalną, a w omawianym zakresie stosunkowo mniejszą ochronę prawną, mogą potraktować taką sytuację jako stosowanie podwójnych standardów, ewidentną niesprawiedliwość. Taki scenariusz wydaje się tym bardziej prawdopodobny, biorąc pod uwagę to, że często same grupy, lobbując, przyczyniają się do wprowadzenia do porządku prawnego omawianych regulacji[54]. Zatem należy zgodzić się z opiniami, iż przestępstwa z nienawiści mogą niszczyć lub skutecznie uniemożliwiać rozwój solidarności danego społeczeństwa. Adresaci prawa mogą bowiem coraz silniej myśleć o sobie w kategoriach partykularnych grup[55], pozostających we wzajemnych, mniejszych lub większych sporach o przywileje[56]. Instytucja *hate crimes*, mająca w założeniu stanowić instrument umożliwiający walkę z uprzedzeniami, może wywoływać nastroje raczej tylko sprzyjające ich rozwojowi. Zatem słowa W. Szymborskiej, iż nienawiść „sama rodzi przyczyny, które ją budzą do życia"[57] są wyjątkowo trafne.

> **Instytucja *hate crimes*, mająca w założeniu stanowić instrument umożliwiający walkę z uprzedzeniami, może wywoływać nastroje raczej tylko sprzyjające ich rozwojowi.**

54 L. Sebba, *'Victim-Driven' Criminalisation? Some Recent Trends in the Expansion of the Criminal Law* (w:) B. McSherry, A. Norrie, S. Bronitt (red.), *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Portland 2009, s. 68.

55 Z tego względu jak najbardziej zasadne wydaje się łączenie *hate crimes* z wątkami szeroko pojmowanego postmodernizmu, który przecież podkreśla wagę tożsamości grupowych (zob. *ibidem*, s. 82, 83), a także z multikulturalizmem i przejawami jego wpływu na prawo, jak np. tzw. obrona przez kulturę (zob. O. Sitarz, *Culture defence…*, s. 647).

56 J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes…*, s. 144.

57 W. Szymborska, *Nienawiść* (w:) W. Szymborska, *Wiersze wybrane*, Kraków 2010, s. 296.

IV. Hate crimes *w polskim prawie karnym?*

W aktualnym polskim porządku prawnym nie ma przepisów ściśle odpowiadających koncepcji przestępstw z nienawiści[58]. Warta jest jednak odnotowania próba nowelizacji kodeksu karnego proponowana w poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 4253). Dotyczy ona trzech przepisów części szczególnej – art. 119 § 1 k.k., art. 256 § 1 k.k. i art. 257 k.k. Zgodnie z projektem art. 119 § 1 k.k. ma otrzymać brzmienie: „Kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu bezwyznaniowości, jak również ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5"; art. 256 § 1 k.k.: „Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub wywołuje albo szerzy nienawiść lub pogardę na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2", a art. 257 k.k.: „Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu bezwyznaniowości, jak również ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną lub z takich

58 A. Szul-Szywała, *Przestępstwa…*, s. 14; M. Woiński, *O pojęciu…*, s. 17.

powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

Trzeba wyrazić poważne wątpliwości, jakie budzi używanie pojęcia przestępstw z nienawiści w odniesieniu do proponowanych zmian[59]. Jak wskazywano powyżej, nowelizacja uzasadniana jest koniecznością zapewnienia „osobom należącym do grup społecznych, które można wyróżnić używając kryterium płci, tożsamości płciowej, niepełnej sprawności, wieku oraz orientacji seksualnej, prawnokarnej ochrony przed tzw. *hate crimes*, przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami – przede wszystkim przed przejawami tzw. mowy nienawiści, ale także przemocy fizycznej”[60]. Wydaje się, że pojęcie przestępstw z nienawiści jest przez autorów projektu rozumiane bardzo wąsko w stosunku do powszechnie przyjmowanych ujęć. Mianowicie, przestępstwa z nienawiści są ograniczone do kilku konkretnych typów czynów opisanych w części szczególnej, a nie są rozumiane jako dowolne przestępstwa motywowane uprzedzeniami. Ponadto planowana nowelizacja dotyczy wyłącznie przepisów części szczególnej. Natomiast, zgodnie ze wspominanym już prawnym rozumieniem omawianej koncepcji, *hate crimes* są odzwierciedlane w przepisach części ogólnej prawa karnego dotyczących wymiaru kary, przewidujących zaostrzenie odpowiedzialności za jakiekolwiek przestępstwa popełniane wskutek żywionej przez sprawcę nienawiści i uprzedzeń wobec określonych grup. Z uwagi na powyższe można powiedzieć, że rozumienie, które zdaje się być przyjęte w projekcie nowelizacji, nie odpowiada ani pierwszemu, społecznemu, ani drugiemu, prawnemu ujęciu prezentowanej koncepcji. Zatem usprawiedliwiona wydaje się być opinia, iż proponowane zmiany nie powinny być wnoszone

59 Oczywiście, wobec tego projektu można formułować szereg innych głosów krytycznych. Przykładowo, używany zwrot „ze względu na” może budzić podobne wątpliwości jak sformułowanie „because of” w regulacjach amerykańskich (zob. szerzej przyp. 9). Ponadto niezwykle niepokojące są sugestie autorów nowelizacji, jakoby w aktualnym polskim porządku prawnym nie zapewniano żadnej ochrony przed przestępstwami przedstawicielom grup wyróżnianych na podstawie określonych cech. Wymownym tego przykładem jest zdanie z uzasadnienia projektu: „Groźby, nawet pobicia i pozbawienia życia, kierowane pod adresem konkretnej grupy osób, np. klientów lokalu założonego zasadniczo z myślą o osobach homoseksualnych i osobach biseksualnych, nie są kwalifikowane ani z przepisu art. 190 § 1 kk ani z jakiegokolwiek innego przepisu kodeksu karnego; zdarza się, że traktowane są wręcz jako *niekaralne ostrzeżenie*, które nie upoważnia do jakichkolwiek kroków przewidzianych przez prawo karne”, zob. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny…, http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/426E6F5F4F91E685C125789D00302F25/$file/4253.pdf (dostęp 19 stycznia 2012), s. 12. Choć co najmniej niezręcznie jest przypominać, wydawałoby się dość oczywiste fakty, trzeba jednak powiedzieć, że takie działania są opisane w kodeksie karnym jako przestępstwa i spotykają się z odpowiednią reakcją organów wymiaru sprawiedliwości. Sugerowanie, że przedstawicielom danych grup „można zrobić wszystko” i w ogóle nie są chronieni w świetle prawnego *status quo*, jest bardzo daleko idącym przekłamaniem. Dziwić może więc fakt, że Krajowa Rada Sądownictwa „przyjęła powyższy projekt bez uwag”, zob. opinia KRS z dnia 6 czerwca 2011 r., http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/5313153BD86B3DDDC12578AB00438249/$file/4253-001.pdf (dostęp 19 stycznia 2012). Natomiast słusznie się zauważa, że „czynności sprawcze objęte dyspozycją przestępstw określonych w art. 119 § 1 k.k., art. 256 § 1 k.k. i art. 257 k.k. samodzielnie (a więc niezależnie z jakich przyczyn zachowania takie są podejmowane) również podlegają penalizacji”, zob. stanowisko Rady Ministrów z dnia 29 sierpnia 2011 r. http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/D504B4BC4A8A70AAC12578FE003773E2/$file/4253-s.pdf (dostęp 19 stycznia 2012), s. 5; podobnie stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 13 czerwca 2011 r., http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/4352CBA5783F2974C12578AF0046FD74/$file/4253-002.pdf (dostęp 19 stycznia 2012), s. 3; także uwagi Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2011 r., http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/FD5D32DAC2B1C5C2C12578F10029C81A/$file/4253-003.pdf (dostęp 19 stycznia 2012), s. 2 dokumentu elektronicznego. Poza tym, zgodnie z art. 53 § 2 k.k., wymierzając karę, w szczególności uwzględnia się motywację sprawcy. Zatem, niezależnie od wprowadzenia dodatkowych przepisów, czy to w części szczególnej, czy ogólnej kodeksu karnego, istnieje możliwość brania pod uwagę uprzedzeń sprawcy, nienawistnego motywu. Ponadto, w stanowiskach Prokuratora Generalnego i Rady Ministrów oraz w uwagach Sądu Najwyższego formułuje się wobec projektu wątpliwości dogmatyczno-prawne, jak i odnoszące się do charakteru *ultima ratio* prawa karnego, czy możliwego antagonizowania społeczeństwa nowymi przepisami.

60 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny…, s. 6, 7.

pod hasłem przestępstw z nienawiści, gdyż bardzo dalekie są od powszechnie przyjmowanego rozumienia tej instytucji. Z tego względu na uwagę zasługuje głos M. Filara, który wyraźnie poddaje pod dyskusję pomysł nowelizowania przepisów części ogólnej dotyczących wymiaru kary, stwarzających możliwość zaostrzenia kar, na kształt instytucji recydywy[61]. Takie działania z pewnością byłyby zdecydowanie bardziej adekwatne do koncepcji *hate crimes*. Ich podjęcie musiałoby być jednak poprzedzone ustosunkowaniem się do szeregu przytaczanych powyżej wątpliwości.

Uwagi końcowe

Powyższa prezentacja najistotniejszych sposobów uzasadniania *hate crimes* oraz omówienie i rozwinięcie głosów krytycznych wobec nich dalekie są od wyczerpującego przedstawienia tej problematyki. Trzeba bowiem zaznaczyć, że formułowane są także inne argumenty na rzecz koncepcji przestępstw z nienawiści i odpowiednie wobec nich głosy krytyczne[62]. Zauważane są również istotne problemy związane z właściwym stosowaniem regulacji odpowiadających prezentowanej instytucji[63]. Niemniej

61 „Zamiast wprowadzać nową postać rodzajową tego przestępstwa – co by się stało, gdybyśmy spróbowali, w części ogólnej kodeksu, wprowadzić kolejną okoliczność, np. obok recydywy, powodującą nadzwyczajne zaostrzenie kary? I napisać, że kto popełnia jakiekolwiek przestępstwo z motywów właśnie takich, o których żeśmy przed chwilą mówili, to w przypadku przestępstwa popełnionego z takich motywów sąd – w relacji do przestępstwa rodzajowego, które zostało popełnione – może nadzwyczajnie zaostrzyć karę. To jest rozwiązanie najprostsze, w sensie techniczno-legislacyjnym, i mamy załatwioną sprawę, bo do każdego przestępstwa to pasuje. Jeżeli tylko wykażemy ten motyw, jeżeli dane przestępstwo zostało popełnione właśnie przy takim motywie, to sędzia ma prawo nadzwyczajnego zaostrzenia kary. Może to zrobić – nie musi. I mamy sprawę – technicznie – załatwioną. Jest tak najzręczniej, bo unikamy kazuistyki, która zawsze przynosi kłopot. Oczywiście trzeba się nad tym głęboko zastanowić, ja rzucam taką myśl pod wstępną dyskusję". M. Filar (głos w dyskusji), *Panel dyskusyjny kończący konferencję* (w:) P. Szczepłocki (red.), *Przestępstwa z nienawiści w Polsce. Publikacja pokonferencyjna*, Toruń 2011, s. 86.

62 Zob. szerzej, np. J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes…*, s. 79–91; J.Y. Kim, *Hate Crime…*, s. 848.

63 Chodzi tutaj przede wszystkim o trudność udowodnienia nienawiści jako motywu (zob. J.B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes…*, s. 109). Jak już podkreślano, sprawcami przestępstw, które można by kwalifikować jako motywowane uprzedzeniami, nie są tylko i wyłącznie członkowie ekstremalnych organizacji rasistowskich, kseno- czy homofobicznych. Wydaje się, że w przypadku tych osób stosunkowo łatwiej można by udowodnić omawiany motyw, choćby z uwagi na samo ich członkostwo i aktywność w tych grupach. Natomiast udowodnienie domniemywanych żywionych uprzedzeń pozostałym osobom musiałoby do pewnego stopnia wymagać przeprowadzenia co najmniej wątpliwego „wywiadu" dotyczącego ich wartości czy światopoglądu. Zasadna wydaje się obawa, że postępowania sądowe dotyczące *hate crimes* mogłyby przerodzić się w badanie „politycznej poprawności" podsądnego (*ibidem*). Kolejnym problemem wartym zasygnalizowania jest zagadnienie adekwatnego określenia przynależności grupowej samego pokrzywdzonego. Oczywiście chodzi tutaj przede wszystkim o przestępstwa, których ofiarami są przedstawiciele określonych kultur czy religii. Przynależność do danej kultury czy grupy wyznaniowej jest niezwykle płynną i niejednoznaczną kategorią. Kto i w oparciu o jakie kryteria ma decydować, że konkretna ofiara przestępstwa rzeczywiście należy do określonej grupy? By uzasadnić tak postawione pytanie, warto podać przykład obrazujący złożoność problemu przynależności kulturowej i religijnej. Kobiety uważające siebie za muzułmanki, które angażują się w wypieranie powszechnie wiązanego z ich kulturą i religią patriarchatu, mogą spotykać się z ostrymi głosami sprzeciwu ze strony bardziej tradycjonalistycznie nastawionych muzułmanów, twierdzących, że z uwagi na swoje poglądy i działania utraciły one prawo do dalszego traktowania siebie jako wyznawczyń islamu (A. Phillips, *Multiculturalism without Culture*, Princeton 2007, s. 155). Kto w takich sporach ma rację, którą winien brać pod uwagę prokurator czy sędzia rozpatrujący sprawę pokrzywdzenia jednej z takich kobiet przestępstwem popełnionym przez przedstawiciela organizacji nacjonalistycznej zwalczającej islam? Czy winno się uwzględniać stanowisko tradycjonalistów i tym samym w specyficzny sposób odmawiać pokrzywdzonej przynależności grupowej? Czy, być może, jako punkt odniesienia należy traktować deklarowaną przynależność przez samą ofiarę? Może to jednak nieść ze sobą duże ryzyko ostrej krytyki ze strony pozostałych przedstawicieli tej grupy. Należy zatem podkreślić, że stosowanie omawianej instytucji może wręcz wymuszać rozstrzyganie niezwykle subtelnych kwestii związanych z kryteriami przynależności do konkretnej

jednak przedstawione analizy mogą już usprawiedliwiać opinię, iż regulacje odnoszące się do przestępstw z nienawiści stanowią wyraz niepokojących tendencji we współczesnej polityce prawa w ogóle, a prawa karnego w szczególności. Bowiem ta instytucja sprawia wrażenie bycia „objawem" swoistej amnezji. Mianowicie zapomina się o zasadzie czynu, możliwościach, które stwarza aktualne prawo, czy w końcu, granicach ingerencji prawnokarnej w życie społeczne i życie jednostek. Same regulacje, jak i działania mające na celu ich wprowadzenie, stanowią przejaw zagadkowej wiary w omnipotencję prawa, stwarzają iluzję rozwiązania problemu, sugerując, że sama zmiana tekstu prawnego zaowocuje w większej ochronie, a w końcu wyrugowaniu samego potępianego zjawiska. Ponadto forsowanie tych regulacji może być traktowane jako przykład braku zaufania do osoby sędziego i towarzyszącego mu przekonania o potrzebie „zagwarantowania", a nawet „wymuszenia" w dyrektywach prawa pozytywnego kompetencji i wrażliwości sędziowskiej. Wobec tych i innych wątpliwości może nasunąć się pytanie: dlaczego zatem pojawiają się takie regulacje? Instytucja *hate crimes* może być oceniana jako przejaw politycznej instrumentalizacji prawa. Próby wprowadzenia tych przepisów – lub podtrzymywanie ich obowiązywania – mogą być traktowane jako stwarzanie tylko pozorów aktywnej ochrony wartości tolerancji, czy troski o systematycznie krzywdzone grupy, podczas gdy prawdziwym motywem może być chęć uzyskania kapitału politycznego, poparcia potencjalnych wyborców. Wszakże w omawiane zagadnienie uwikłany jest również – mogący budzić poważne kontrowersje – lobbing partykularnych organizacji na rzecz zmian prawa karnego.

> **Instytucja *hate crimes* może być oceniana jako przejaw politycznej instrumentalizacji prawa.**

Podsumowując, decyzje wprowadzenia do porządku prawnego instytucji *hate crimes* winny być poprzedzone odniesieniem się do szeregu subtelnych, niezwykle złożonych zagadnień dotyczących kardynalnych zasad prawa karnego, jego skuteczności, społecznej roli i zakresu ingerencji. Należy podkreślić, że żaden z omawianych sposobów uzasadniania tej koncepcji nie jest w pełni przekonujący. Co więcej, jak pokazano, regulacje *hate crimes* zdają się stwarzać nieproporcjonalnie więcej problemów dogmatycznych, filozoficznych i społecznych, niż je, nawet w małym stopniu, rozwiązywać. W obliczu rosnącego zainteresowania w Polsce tą koncepcją trzeba być tego świadomym. Jednakże, w świetle przytaczanych wątpliwości, można zaryzykować twierdzenie, że ta instytucja nie powinna być w ogóle wprowadzana do porządku prawnego.

---

zbiorowości, podczas gdy sami jej przedstawiciele toczą o nie mniej lub bardziej ożywione i widoczne spory. Można mieć również wątpliwości, jak organy wymiaru sprawiedliwości winny postąpić w sytuacji, gdy sprawca wyrządza krzywdę osobie tak naprawdę nienależącej do grupy, wobec której żywi on nienawiść. Przykładowo, jak należałoby kwalifikować pobicie sikha, którego sprawca „pomylił" z muzułmaninem? Z uwagi na złożoność tych i innych możliwych do zauważenia problemów, związanych z praktycznym stosowaniem omawianej instytucji, niniejsze wyliczenie ma jedynie charakter sygnalizacyjny. Pełna analiza tych zagadnień wymaga odrębnego opracowania.